



## 司法機關就著作權法合理使用四款法定判斷 基準審查原則之探討

嚴裕欽\*

摘要：

我國著作權法第65條第1、2項規定之合理使用概括條款及四款合理使用法定判斷基準，有諸多值得檢討之處，如沒有對合理使用加以定義、四款判斷基準中充滿了不確定法律概念、四款判斷基準彼此間的關係及其比重不明等等。本文聚焦於合理使用成立與否之認定上，這四款法定判斷基準是否僅屬於訓示規定，法院是否有義務必須一一加以審酌此一問題，參酌美國著作權法第107條合理使用之適用情形，論述依最高法院九十二年台上字四九一一號、九十三年台上字二一七六號刑事判決，著作權法規定之合理使用四款法定判斷基準，並不屬於訓示規定，法院有義務全部加以審酌，以便能完整而妥善地審理著作之利用是否合於合理使用。

關鍵字：合理使用、著作財產權之限制、判斷基準、著作權、訓示規定。

### 壹、前言

就我國著作權法第65條第1、2項所規定之合理使用原則(fair use doctrine)而言，雖然其目的極其明確，就是要達到著作權法第1條所稱之「調和社會公共利益，促進國家文化發展」之目的。然

---

收稿日：96年12月11日

\* 作者現為北辰著作權事務所律師；筆者感謝審查人寶貴之意見，但本文一切文責仍應由筆者自負。

# 論述

而要航向合理使用彼岸的航路卻是眾說紛紜、撲朔迷離，而且佈滿暗礁，所以即使是老於航海的船長船行至此，都不免會在這暗礁區觸礁沉沒。

以我國法院判決為例，到底何謂合理使用，可能連法官都無法明確掌握，這是因為即使是最高法院法官<sup>1</sup>以及身兼高等法院院長的法官<sup>2</sup>也都在重製他人著作使用，遭到著作權人主張侵害著作財產權時，雙雙於訴訟中主張其使用行為合於合理使用，但法院最後判決結果卻都認定不構成合理使用，敗訴確定。

這樣的合理使用案例，除了顯示司法的獨立與公正外，不免也令人疑惑，法諺云：「法官知法」，但如果連最高法院法官在訴訟上主張合理使用抗辯時，都無法成功，那麼一般著作使用人要主張合理使用，豈不是難上加難？到底著作權法合理使用規定，有沒有任

<sup>1</sup> 被告為最高法院法官，未得原告同意，將原告於報紙上所發表題為「應該回歸人間的法官」文章，全文重製後轉載於被告所著，於民國（下同）86年11月間印製之「司法革新與華心」一書中，被告主張其行為依著作權法第52、61、65條規定為合理使用。一審法院判決亦認定被告行為屬著作權法第52條之範疇，但二審法院判決否定被告行為合於著作權法第52、61條規定，因此構成侵權，此部分因被告就其敗訴部分並未上訴第三審而確定。請見台灣台北地方法院八十八年度訴字第四五九五號、台灣高等法院八十九年度上字第七一六號、最高法院九十二年度台上字第五號民事判決。本文引用之我國民、刑事判決，均可於司法院「法學資料檢索系統」之「裁判書查詢」網頁查得，網址為：<http://nwjirs.judicial.gov.tw/Index.htm>，最後查訪日期：2007年12月1日。

<sup>2</sup> 被告為國民大會代表兼福建高等法院金門分院院長，於88年1月19日國民大會行使大法官同意權審查委員會進行分組審查會議時，未得自訴人同意，擅自將自訴人發行之「另眼新聞」雜誌第45期其中5頁、第48期其中1頁，交由不知情之國民大會秘書處人員複印重製約300份後，非意圖營利而在會場內外發給在場人員。被告主張其行為符合著作權法合理使用原則，一審法院判決亦認定被告行為符合著作權法第44條為合理使用，但二審法院認定不合於著作權法第44條規定，判決被告有罪確定，請見台灣台北地方法院八十九年度自更（一）字第一號、台灣高等法院九十二年度上訴字第二九四號刑事確定判決。



何值得檢討之處？

## 貳、合理使用原則在我國著作權法之簡要立法歷程

民國(下同)81年6月10日修正公布之舊著作權法第65條<sup>3</sup>，首度將美國著作權法第107條<sup>4</sup>所定之四款合理使用判斷基準立法引進到我國著作權法中，當時舊著作權法第65條立法理由就已明示：「本條係參考美國著作權法第一百零七條之立法例增訂之。」<sup>5</sup>。

雖然行政院在81年舊著作權法修正草案總說明中稱，該次修正要旨之一是為了「充實著作合理使用之範圍，以促進國家文化之發展」<sup>6</sup>，然而，81年舊著作權法第65條所定之「利用之目的及性

<sup>3</sup> 81年舊著作權法第65條規定與現行著作權法第65條不同，僅有一項，全文如下：

「著作之利用是否合於第四十四條至第六十三條規定，應審酌一切情狀，尤應注意左列事項，以為判斷之標準：

- 一、利用之目的及性質，包括係為商業目的或非營利教育目的。
- 二、著作之性質。
- 三、所利用之質量及其在整個著作所占之比例。
- 四、利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響。」

<sup>4</sup> 當時為美國1976年著作權法第107條，條文標題為「排他權之限制：合理使用」，條文中譯如下：

「雖合於第106條之規定，為諸如評論、解說、新聞報導、教學（包括為課堂使用之多數重製物）、學術或研究之目的，合理使用有著作權之著作，包括該使用是以重製成重製物或錄音物或以該條所定任何其他方法，不構成著作權之侵害。於任何個案，決定就某著作之使用是否為合理使用時，其判斷之基準應包括：

- (1) 使用之目的及屬性，包括該使用是否為商業性質或為非營利教育目的；
- (2) 該有著作權之著作之性質；
- (3) 所使用部分之質與量與該有著作權之著作整體之關係；
- (4) 該使用對有著作權之著作其潛在市場及價值之影響。」

<sup>5</sup> 請見〈著作權法修正草案條文對照表〉之說明，收於立法院秘書處編，《著作權法修正案》(上)，頁68，台北，立法院秘書處，民國82年2月。

<sup>6</sup> 〈著作權法修正草案總說明〉，收於立法院秘書處編，《著作權法修正案》(上)，

## 論述

質」、「著作之性質」、「所利用之質量及其在整個著作所占之比例。」、「利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響。」這四款合理使用判斷標準，卻與美國著作權法第 107 條之立法例完全不同，並非獨立之合理使用概括規定，而是用來作為在具體個案中，判斷是否合於 81 年舊著作權法第 44 條至第 63 條所明文列舉之各種著作財產權限制條文所定要件之判斷標準<sup>7</sup>。因此 81 年舊著作權法第 65 條制定當時之立法目的，事實上並不是為了「充實著作合理使用之範圍」，反而是如當時著作權法主管機關內政部著作權委員會主任委員王全祿先生所言，在於「以免過於擴大合理使用範圍，造成對著作財產權保障上之損害。」<sup>8</sup>。

而後在 87 年 1 月 21 日修正公布之著作權法中，才進一步將著作權法第 65 條規範內容，由單純只是明示著作財產權限制之判斷標準，修改為兼具有合理使用概括性規定以及作為判斷是否合於著作權法第 44 條至第 63 條或其他合理使用情形之判斷標準<sup>9</sup>。

92 年 7 月 9 日修正公布之著作權法，則將著作權法第 65 條所

頁 5，台北，立法院秘書處，民國 82 年 2 月。

<sup>7</sup> 請見〈著作權法修正草案條文對照表〉之說明，收於立法院秘書處編，《著作權法修正案》(上)，頁 67，台北，立法院秘書處，民國 82 年 2 月。

<sup>8</sup> 請見當時內政部著作權委員會主任委員王全祿先生於 80 年 10 月 9 日在立法院答覆立法委員之發言內容，收於立法院秘書處編，《著作權法修正案》(上)，頁 266，台北，立法院秘書處，民國 82 年 2 月。

<sup>9</sup> 87 年舊著作權法第 65 條規定與現行著作權法第 65 條仍有不同，僅有二項，全文如下：

「著作之合理使用，不構成著作財產權之侵害。

著作之利用是否合於第四十四條至第六十三條規定或其他合理使用之情形，應審酌一切情狀，尤應注意下列事項，以為判斷之標準：

一、利用之目的及性質，包括係為商業目的或非營利教育目的。

二、著作之性質。

三、所利用之質量及其在整個著作所占之比例。

四、利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響。」。



定之四款判斷標準改稱為判斷基準<sup>10</sup>（下稱為四款合理使用法定判斷基準），並增訂第3、4項，此即現行著作權法第65條規定，全文如下：

「著作之合理使用，不構成著作財產權之侵害。

著作之利用是否合於第四十四條至第六十三條規定或其他合理使用之情形，應審酌一切情狀，尤應注意下列事項，以為判斷之基準：

- 一 利用之目的及性質，包括係為商業目的或非營利教育目的。
- 二 著作之性質。
- 三 所利用之質量及其在整個著作所占之比例。
- 四 利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響。

著作權人團體與利用人團體就著作之合理使用範圍達成協議者，得為前項判斷之參考。

前項協議過程中，得諮詢著作權專責機關之意見。」

### 參、合理使用及四款合理使用法定判斷基準之疑問

著作權法第65條第1項規定：「著作之合理使用，不構成著作

<sup>10</sup> 修正理由是：現行條文（按即指87年修正公布之著作權法第65條）第二項所稱「判斷之『標準』」，並非法規，與中央法規標準法第三條所定「標準」，用語相同，易生混淆，爰修正為「基準」，以資區別。請見〈民國92年7月9日修正公布著作權法條文對照及說明〉，收於經濟部智慧財產局編，《歷年著作權法規彙編專輯》，頁414-415，台北，經濟部智慧財產局，民國94年9月。

## 論述

財產權之侵害。」，其規範內容相當於美國著作權法第 107 條第 1 句：「合理使用有著作權之著作……不構成著作權之侵害」，兩者都屬於合理使用之一般條款、概括條款<sup>11</sup>。

而由本法第三章第四節第四款「著作財產權之限制」所定之條文加以分類，合理使用可分為兩種類型，第一種是立法者已在第 44 條至第 63 條條文中具體明定之法定合理使用類型，第二種是非法定之合理使用類型，指不屬於前述法定合理使用類型，而是由第 65 條第 2 項所抽象規範之「其他合理使用之情形」<sup>12</sup>。但無論是法定或是非法定之合理使用類型，其法律效果依第 65 條第 1 項規定都是不構成著作財產權之侵害。

第 65 條第 2 項則規定對於法定及非法定之合理使用類型，都「應審酌一切情狀，尤應注意」同條項第 1 款至第 4 款所規定之四款合理使用法定判斷基準。但由於第 65 條第 2 項條文文字為：「應審酌一切情狀，尤應注意下列事項，以為判斷之基準」，可見法院所應審酌的是有關合理使用之一切情狀，並不限於同條項所定之四款法定判斷基準，因此這四款法定判斷基準並非列舉規定，而是應審酌之一切情狀之例示規定。故法院除可審酌這四款法定之合理使用判斷基準外，當然也可以審酌其他非法定之合理使用判斷基準<sup>13</sup>。

這四款法定之合理使用判斷基準既然是直接繼受自美國著作權法第 107 條而來，因此其條文順序與文字用語，也幾乎與美國著作權法第 107 條第 2 句所定的四款法定合理使用判斷基準完全相

<sup>11</sup> 蕭雄淋，《著作權法論》，頁 244，台北，五南圖書公司，2007 年 11 月（5 版）。

<sup>12</sup> 馮震宇，〈論新著作權法合理使用之規定〉，《萬國法律》，第 102 期，1998 年 12 月，頁 67。

<sup>13</sup> 羅明通，《著作權法論》(II)，頁 261，台北，台英國際商務法律事務所，2005 年 9 月（6 版）。



同。此外，因第 107 條第 2 句條文為：「於任何個案，決定就某著作之使用是否為合理使用時，其判斷之基準應包括」，其使用之用語為「包括」(including)，而依美國著作權法第 101 條所為之立法解釋，「包括」表示僅是例示規定，而非列舉規定<sup>14</sup>。所以除了這四款法定判斷基準外，美國法院同樣有權依不同之個案事實，自由審酌任何法院認為與合理使用具有關聯性之非法定判斷基準。就此點而言，我國著作權法之合理使用原則與美國著作權法之合理使用規定，兩者適用情形相同。

然而，單從條文文義來看本法第 65 條第 1、2 項規範內容，卻有諸多模糊不清之處，執法者、著作權人、著作利用人在實際操作上，自然也就眾說紛紜、疑竇叢生。事實上，本法第 65 條第 1、2 項之源流國美國，其學者對於美國著作權法第 107 條之內容也有許多批評，這些批評絕大部分當然也都同樣適用於本法第 65 條第 1、2 項。以下謹就第 65 條第 1、2 項規定適用上之部分疑問加以簡述<sup>15</sup>。

一、著作權法第 65 條第 1 項中僅稱：「著作之合理使用，不構成著作財產權之侵害。」，但對最重要的問題：何謂「合理使用」？著作權法卻完全未加以定義，當然也就無法從條文中分析出合理使用之構成要件為何。

當著作權人、著作利用人想要事先自我評估，未經著作財產權人授權同意之著作利用行為，是否構成合理使用時，或是執法者在具體判定某一未經著作財產權人授權同意之著作利

<sup>14</sup> 17 U.S.C. §101 (1976): The terms "including" and "such as" are illustrative and not limitative.

<sup>15</sup> 嚴裕欽，〈著作財產權之限制-以美國著作權法合理使用為中心〉，政治大學法律學研究所碩士論文，民國 85 年 6 月，頁 75-76、178。

## 論述

用行為，是否合於合理使用時，翻閱著作權法第 65 條第 1、2 項條文之際，首先的疑惑便是何謂合理使用？合理使用的構成要件為何？

在著作權法第 3 條第 1 項中對於本法所使用的 18 個用詞都明確作出立法定義，與第 65 條有關者例如何謂「著作」、「著作權」等用詞都有定義，甚至如「原件」這種比較技術性的用詞都有定義，但著作權法卻並未立法定義「合理使用」此一重要用詞，因之執法者、著作權人及著作利用人自然無法明確掌握並理解合理使用之意義。

依國內通說，合理使用之法律性質為對於著作財產權侵害行為之阻卻違法事由<sup>16</sup>，由於其為著作權法第 65 條所明定，因此屬於法定阻卻違法事由，並非超法規之阻卻違法事由。但相較於本法第 44 條至第 63 條所明定之法定合理使用類型或是在民法及刑法上所規定之法定阻卻違法事由，如正當防衛、緊急避難等，在各該法條中<sup>17</sup>都有明確訂出其意義，並可據以分析其主觀及客觀之容許構成要件<sup>18</sup>，在具體適用時便可就某一不

<sup>16</sup> 學者馮震宇認為國內通說雖認合理使用其法律性質屬於阻卻違法事由，不過其引用蔡明誠教授之見解認為，合理使用應係阻卻構成要件事由，或是構成要件不該當，並主張以此說較可採，請見馮震宇，〈論新著作權法合理使用之規定〉，《萬國法律》，第 102 期，1998 年 12 月，頁 80 註六。此外，同樣主張合理使用為阻卻構成要件事由者，請見謝銘洋，〈成大 MP3 事件相關著作權法問題探討〉，收於謝銘洋《科技發展之智慧財產權議題》，頁 205，台北，翰蘆出版，2005 年 5 月（初版）；蔡蕙芳，〈著作權法第九一條擅自重製罪之刑法架構分析〉，《台灣本土法學》，第 100 期，2007 年 11 月，頁 64-65。

<sup>17</sup> 民法第 149 條、第 150 條、刑法第 23 條、第 24 條。

<sup>18</sup> 刑法上之阻卻違法事由又稱為合法化事由，其對於不法構成要件而言，有如容許構成要件或合法化構成要件，係由客觀之合法化要素與主觀之合法化要素所組成，請見林山田，《刑法通論》（上冊），頁 229-230，台北，著作人本人發行，2001 年 10 月（7 版 2 刷）。



法構成要件該當或合致之行為，一一檢視其是否符合阻卻違法事由之法定要件。但現今在著作權法上對於合理使用似乎並不然，沒有定義，也沒有構成要件<sup>19</sup>，只有四款判斷基準。

而就美國著作權法而言，第 107 條條文中一樣並沒有說明何謂合理使用，同法第 101 條雖然對於該法所使用之三十多種用詞作出立法定義，但並不包括合理使用此一用語，就此與我國著作權法相同。不過在 1976 年美國著作權法第 107 條制訂前，1961 年「美國著作權局局長就著作權法全盤修正之報告」中倒是就合理使用提出過以下官方定義：「基於正當目的之需要，在不致與著作權人之著作在市場上相競爭之情況下，無須徵得同意，得將有著作權之著作之合理部分加以重製」<sup>20</sup>，但終究在美國國會制定通過之第 107 條條文中，還是沒有為合理使用作出定義來。美國學者早在美國著作權法第 107 條立法後不久，即批評第 107 條竟沒有為合理使用作出定義，為條文上嚴重的缺失<sup>21</sup>。

二、著作權法第 65 條第 2 項所定之四款合理使用法定判斷基準中，使用了非常多的不確定法律概念，諸如「商業目的」、「非營利教育目的」、「潛在市場」、「現在價值」等用詞，本法也一樣並未對於這些用詞作出立法定義，或加以說明<sup>22</sup>。

<sup>19</sup> 著作利用人是否具有善意 (good faith) 或是惡意 (bad faith)，在美國著作權法上常被當作非法定之合理使用判斷基準加以討論，請見嚴裕欽，〈著作財產權之限制-以美國著作權法合理使用為中心〉，政治大學法律學研究所碩士論文，民國 85 年 6 月，頁 115。但善意是否就相當於我國刑法上阻卻違法事由之主觀容許構成要件，可能仍有疑問。

<sup>20</sup> Report of the Register of Copyright on the General Revision of U.S. Copyright Law, (1961) 87th Cong., 1st Sess. at 24.

<sup>21</sup> Leon E. Seltzer, *Exemptions And Fair Use In Copyright*, 19 (1978).

<sup>22</sup> 學者劉孔中即認為：「其中每個要素都有太多可以主觀判斷的空間」，請見劉

## 論述

其次，著作權法對於合理使用不但沒有定義、缺乏構成要件，只有四款判斷基準，而且在這四款合理使用判斷基準內容中，還充滿了不確定的法律概念，這些不確定法律概念一樣沒有一個用詞有在本法第 65 條或第 3 條中有任何立法定義或說明提供指引，同樣困擾著執法者、著作權人及著作利用人。

本法除了在第 65 條第 2 項第 1 款「利用之目的及性質」該項判斷基準中，明文列出「商業目的或為非營利教育目的」，以供適用時之參考外，在該條文中並未明示何種利用之目的及性質方有利於合理使用之認定。至於是否商業目的就不利於合理使用之認定，或為非營利教育目的就有利於合理使用之認定，條文中同樣不明。

至於第 2 款對於「著作之性質」、第 3 款對於「所利用之質量」、「所占之比例」以及第 4 款「利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響」，著作權法不但沒有任何解釋，也不像第 1 款有列出適用上之參考。則究竟何種著作之性質、所占之比例必須是多少百分比、何種影響程度，方有利於合理使用之認定，條文也都語焉不詳。以至於言人人殊，莫衷一是，徒增合理使用之不確定風險。

就美國著作權法而言，也是一樣，美國聯邦地方法院法官早已批評，美國著作權法第 107 條雖規定法院應審酌四款法定判斷基準，但卻未就這些判斷基準之審酌提出可供判別、可為

---

孔中，〈建立資訊時代「公共領域」之重要性及具體建議〉，收於劉孔中《智慧財產權法制的關鍵革新》，頁 10，台北，元照出版公司，2007 年 6 月（初版）。



人接受的標準，作為適用時之準繩<sup>23</sup>。

三、著作權法第 65 條第 2 項所定這四款合理使用法定判斷基準，只是訓示規定嗎？

除了沒有合理使用之定義及構成要件，四款合理使用判斷基準充滿了高度的不確定性之外，接下來還要面臨，本法第 65 條第 2 項所定這四款合理使用判斷基準，是否都僅屬於訓示規定的疑惑。

此一問題區別之實益在於，若是著作權法第 65 條第 2 項所定這四款法定合理使用判斷基準僅僅屬於訓示規定，則法官當然就可以只論列其所認為最具重要性的其中一款、兩款或三款即可，或者也可以這四款判斷基準都不審酌，只就法官所認為具有重要性的其他非法定判斷基準加以審酌即可。即使法官於具體個案中就這四款法定合理使用判斷基準都不審酌，只審酌其他非法定之判斷基準，就直接認定合於或不合於著作之合理使用，在民事訴訟程序上，並不會構成民事訴訟法第 468 條所規定之判決不適用法規或適用不當，並不屬於判決違背法令<sup>24</sup>；在刑事訴訟程序上，一樣也不構成刑事訴訟法第 378 條所規定之判決不適用法則或適用不當，並不屬於判決違背法令<sup>25</sup>，因此，不管是民、刑事訴訟之當事人均不能以之作為上訴第三審法院之理由。

<sup>23</sup> Pierre N. Leval, *Toward A Fair Use Standard*, 103 Harvard Law Review 1105, 1106 (1990).

<sup>24</sup> 「法規中有訓示規定者，雖不適用或適用不當，亦不生違背法令之問題。」，王甲乙、楊建華、鄭健才合著，《民事訴訟法新論》，頁 662，台北，著作人本人發行，民國 92 年 8 月。

<sup>25</sup> 林俊益，《刑事訴訟法概論》（下），頁 412，台北，新學林出版，2005 年 2 月（四版）。

## 論述

但若這四款合理使用判斷基準並不屬於訓示規定，則法官於具體個案中，就必須對這四款判斷基準全部加以審酌。若是法官未對全部四款判斷基準都加以審酌，則在民事訴訟程序上，為判決不適用法規或適用不當，依民事訴訟法第 468 條規定為判決違背法令，在刑事訴訟程序上，亦為判決不適用法則或適用不當，依刑事訴訟法第 378 條規定為判決違背法令，依民事訴訟法第 467 條、刑事訴訟法第 377 條規定，不論是民、刑事訴訟之當事人均得以之作為上訴第三審法院之理由。

- 四、著作權法第 65 條第 2 項所定四款法定合理使用判斷基準，其彼此之間的關係及比重為何？在適用時是否有任何優先順序存在？

接下來還有一個問題，如果第 65 條第 2 項所定這四款法定合理使用判斷基準並不屬於訓示規定，必須全部加以審酌，則在審酌時到底這四款合理使用判斷基準彼此之間的關係及比重為何？進一步言之，這四款法定判斷基準與其他法院認為應予審酌的非法定判斷基準間，彼此之間的關係及比重又如何？也就是說，是否有哪一款或哪幾款判斷基準應居於主導性地位，或者這四款法定判斷基準同等重要嗎？或者須視個案事實而定？對於以上問題，立法者在第 65 條條文中同樣沒有對執法者、著作權人及著作利用人有任何明示或暗示。

如果認為這四款合理使用判斷基準以及其他非法定判斷基準，彼此之間不分軒輊同樣重要，則在合理使用的認定上而言，是否應適用民主程序取決於多數決<sup>26</sup>？也就是說是否只要

<sup>26</sup> 學者劉孔中即認為：「著作權法第六十五條並未提供說明這四個要素應如何加總，各有何權重，以致若各有兩個『合理』及『不合理』之分項判斷時，將



被告在所有法定及非法定判斷基準中，取得了過半數優勢，就當然認定合於合理使用？還是要採嚴格解釋，必須這四款法定判斷基準以及其他非法定判斷基準全部都有利於合理使用之認定，法院才能據以判決構成著作之合理使用<sup>27</sup>？

又如果認為這四款法定合理使用判斷基準彼此之間的重要性並不相同，則在法條上所明定之先後順序，是否就是立法者在立法時已經默示這四款判斷基準在合理使用判斷上的重要性或優先順序？也就是說第1款比第2款判斷基準重要，第2款比第3款判斷基準重要，其餘也依此類推。還是法官得在自由心證之大原則下，依個案考量，決定這四款法定判斷基準何者較為重要，或者四款都不重要，而是其他非法定判斷基準更為優先？

最後還有一個疑問，這四款合理使用法定判斷基準在審酌時，法院可否作中立或是中性的判斷結果？也就是說經審酌後既非有利於也非不利於合理使用之認定。進一步言之，如果可以作中立或中性的判斷，則其對於合理使用最後的認定結果，有何影響？例如若對合理使用採嚴格適用之態度時，也就是必須所有法定判斷基準全部都有利於著作利用人時，才能認定合於合理使用，此時若某一款法定判斷基準經法院審酌後的結果是中立的，則因既然不是所有法定判斷基準全部都有利於著作

發生不知如何作綜合判斷的問題。」，請見劉孔中，〈建立資訊時代「公共領域」之重要性及具體建議〉，收於劉孔中《智慧財產權法制的關鍵革新》，頁10，台北，元照出版公司，2007年6月（初版）。

<sup>27</sup> 「在認定是否合理使用時，第二項所定的四項判斷基準，必須一一審視，沒有哪一項特別重要，或特別不重要，只要其中有一項無法通過，就應被認定不構成合理使用。」，章忠信，《著作權法逐條釋義》，頁172，台北，五南圖書公司，2007年3月（初版）。

## 論述

利用人，法院是否就可以不用理會其餘的判斷基準，直接就據以判決認定不構成合理使用？還是法院應忽略此一中立之判斷基準，僅就其餘法定及/或非法定之判斷基準綜合加以審酌即可？以上這些技術性的、實際操作上所必然會面臨的問題，同樣地，都在著作權法中無從得到解答。

就美國著作權法而言，也是一樣，美國著作權法第 107 條對於所定之四款合理使用判斷基準以及法院認為應予審酌的其他判斷基準，彼此之間重要性之比重如何，條文中並未有所規定<sup>28</sup>。美國學者因此就批評第 107 條對於所定的四款判斷基準，在適用的優先次序上，竟沒有提供任何指引，實為條文上嚴重的缺失<sup>29</sup>。

對於以上合理使用及其判斷基準在實際操作面上的諸多疑問，本文將只聚焦在前述第三點即著作權法第 65 條第 2 項所定這四款法定合理使用法定判斷基準，是否屬於訓示規定此一問題上。而因著作權法第 65 條規定既然立法理由已明指是純粹由美國著作權法第 107 條繼受移植而來，學者也都認為本法第 65 條合理使用原則之內容，需由實務之判決加以具體化，尤其是參考英美法中合理使用之相關判決<sup>30</sup>。故在論述此一問題時，將先闡述美國對此一問題之相關見解，期以比較法方式，提供我國適用上之參考<sup>31</sup>。接著，再論述目前我國對此一

<sup>28</sup> Melville B. Nimmer and David Nimmer, *Nimmer on Copyright*, Vol. 4, 13-159(2005.8).

<sup>29</sup> Leon E. Seltzer, *Exemptions And Fair Use In Copyright*, 19 (1978).

<sup>30</sup> 蕭雄淋，《著作權法論》，頁 244，台北，五南圖書公司，2007 年 11 月（5 版）；馮震宇，〈從 MP3 法律爭議論網路著作權保護之未來〉，《月旦法學雜誌》，第 74 期，2001 年 7 月，頁 127。

<sup>31</sup> 這也是法律解釋方法之一即「比較解釋」，請見楊仁壽，《法學方法論》，頁



問題之相關見解。

## 肆、美國著作權法第 107 條四款法定判斷基準法院 必須全部審酌適用

就美國著作權法第 107 條所定之四款法定合理使用判斷基準，是否屬於訓示規定此一問題，其實無論從第 107 條之文義解釋、歷史解釋、或是美國法院於實際案例適用情形以及美國學者之見解，其實都很一致地認為，美國法院於合理使用案件中，依法負有義務必須逐一論列第 107 條所列的四款法定判斷基準，不能認為其中某一款或某幾款判斷基準特別重要，就只審酌該款或該幾款判斷基準，而置其他判斷基準於不顧。

### 一、從美國著作權法第 107 條之文義出發

美國著作權法第 107 條所定之四款合理使用判斷基準，是否屬於訓示規定？其實可以直接從第 107 條之用語文義中得到解答。

美國現行著作權法第 107 條之標題為：「**排他權之限制：合理使用**」，條文結構上可以分為 3 句，第 1 句之意旨在於明示合理使用有著作權之著作，並不構成著作權之侵害，第 2 句之意旨在於明定法院於決定某一特定使用著作之行為是否成立合理使用時，應審酌之四款法定判斷基準，第 3 句之意旨在於明示，未發行之著作仍有合理使用之適用。第 107 條條文全文為：

---

151-153，台北，著作人本人發行，民國 76 年 2 月（訂修版）。

# 論述

「雖合於第 106 條及第 106A 條之規定，為諸如評論、解說、新聞報導、教學（包括為課堂使用之多數重製物）、學術或研究之目的，合理使用有著作權之著作，包括該使用是以重製成重製物或錄音物或以該條所定任何其他方法，不構成著作權之侵害。於任何個案，決定就某著作之使用是否為合理使用時，其判斷之基準應包括：

- (1) 使用之目的及屬性，包括該使用是否為商業性質或為非營利教育目的；
- (2) 該有著作權之著作之性質；
- (3) 所使用部分之質與量與該有著作權之著作整體之關係；
- (4) 該使用對有著作權之著作其潛在市場及價值之影響。

著作尚未發行之事實本身，不得排除在審酌過所有上列判斷基準後所為合理使用之認定」。<sup>32</sup>

<sup>32</sup>美國著作權法第 107 條（17 U.S.C. §107）原文如下：

§107. Limitations on exclusive rights: Fair use  
Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include —

- (1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;
- (2) the nature of the copyrighted work;
- (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and
- (4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.

The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors.

引自美國著作權局官方網站，網址為：



由於第 107 條第 2 句相關條文文字為「其判斷之基準應包括」，其用語為「『應』(shall) 包括」，而非「得」(may)，因之，從文義解釋上來看，很明顯美國法院於審理有關著作權合理使用案件中，依法是必須一一審酌第 107 條所列的四款判斷基準。

1992 年美國國會修正著作權法，在第 107 條原條文最後增列第 3 句「著作尚未發行之事實本身，不得排除在審酌過所有上列判斷基準後所為合理使用之認定」。由於新增訂之條文用語為「審酌過『所有』上列判斷基準」(consideration of “all” the above factors)，因此顯然美國國會已經以立法方式再度確認，法院於合理使用案件中，依法負有義務必須逐一論列第 107 條所列的四款判斷基準。

從歷史解釋上來看，美國眾議院在 1992 年修正著作權法第 107 條時，在其立法報告中也明載，該次修正意旨在於「重申國會在制定合理使用時之立法意旨，亦即在審酌合理使用的主張是否成立時，包括對於未發行之著作，法院應審查所有第 107 條所定的四款法定判斷基準，以及任何其他依法院斟酌認為相關之因素」。<sup>33</sup>由以上國會立法報告明言「法院應審查所有第 107 條所定的四款法定判斷基準」，也可得出同樣之結論，即美國法院負有義務必須在合理使用案件中一一論列第 107 條所定四款法定判斷基準。

## 二、美國法院之見解

<http://www.copyright.gov/title17/92chap1.html#107>，最後查訪日期：2007 年 11 月 3 日。

<sup>33</sup> H.R.Rep.NO.102-836 at 9.

## 論述

如前述，由文義解釋及歷史解釋來看，依美國著作權法第 107 條規定，法院負有義務必須在合理使用案件中一一論列第 107 條所定四款法定判斷基準。美國法院在具體適用上時也是如此<sup>34</sup>。

早在 1984 年 *Pacific & Southern Co. v. Duncan*<sup>35</sup> 一案中，美國聯邦第十一巡迴上訴法院即已明示，由於第 107 條條文用語為「其判斷之基準應包括」，為命令式語句，因之法院必須一一審酌第 107 條所列的四款法定判斷基準<sup>36</sup>。

本案原告為美國亞特蘭大市 WXIA-TV 電視台之經營者，該電視台每天都會播出很多新聞節目，這些新聞節目的錄影帶該電視台一般僅會保存七天，而且電視台也沒有對外販售這些新聞節目錄影帶給一般大眾，不過要是有人提出要求的話，原告通常也會把新聞節目錄影帶的拷貝賣給這些提出要求的人。

本案被告則是經營名為 TV News Clips 的生意，就是錄下電視台播出的新聞節目後，設法找到這些新聞報導所採訪的對象，然後被告就向這些新聞報導所採訪的對象兜售被告所錄下的電視新聞節目拷貝。但被告這樣作並未取得電視台的授權同意。後來，被告賣了一份 WXIA 所製作的以一家二年制專科學校 Floyd Junior College 為新聞故事主題的新聞報導給 Floyd Junior College，而未徵得原告同意，原告因此提起本件訴訟。

在地方法院判決中並沒有審酌美國著作權法第 107 條所列的四款合理使用判斷基準，就直接駁回被告合理使用之抗辯，認定被告

<sup>34</sup> 羅明通，《著作權法論》(II)，頁 261，台北，台英國際商務法律事務所，2005 年 9 月 (6 版)。

<sup>35</sup> 744 F.2d 1490 (11th Cir. 1984), *cert. denied*, 471 U.S. 1004(1985).

<sup>36</sup> 744 F.2d 1490, 1495 n.7 (11th Cir. 1984).



侵害原告之著作權。地方法院的判決理由認為，由於第 107 條第 1 句中已明文列出合理使用之目的必須為「評論、解說、新聞報導、教學、學術或研究」，因之，可以推導出要構成合理使用，被告的使用行為必須是具有生產性的 (productive) 使用。而由於本案被告之使用行為很明顯並未達到第 107 條第 1 句所要求之生產性使用之要件，僅僅只是單純重製原告之著作內容，所以當然不構成合理使用，法院就不需要再去審酌第 107 條所列的四款法定判斷基準。

本案經上訴到美國聯邦第十一巡迴上訴法院後，雖然上訴法院最後判決結果還是認定被告之行為並不構成合理使用，但在判決理由中論及四款合理使用法定判斷基準時，卻駁斥持前述觀點的下級法院判決。上訴法院認為：第 107 條條文用語為「其判斷之基準『應』包括」，為命令式語句，因之法院依法負有義務必須審酌第 107 條所列的全部四款判斷基準。至於第 107 條第 1 句中只是例示在第 2 句所列四款判斷基準之下，可能構成合理使用的著作使用類型<sup>37</sup>。本案地方法院判決理由要求，被告之利用行為必須先合於第 107 條第 1 句所例示的使用目的所推演出來的某種價值判斷，作為進一步適用合理使用四款法定判斷基準的前提要件，很顯然會不當地窄化了合理使用之適用範圍，並且形成某種絕對當然的法則 (per se rule)，從而有礙於合理使用作為衡平法 (equity) 上之合理法則 (rule of reason) 所具有的彈性<sup>38</sup>，因之上訴法院認為並不可採。

被告之後雖就本案向美國聯邦最高法院聲請上訴，但並未獲得最高法院准予審理，因而全案就此確定。

<sup>37</sup> 同前註。

<sup>38</sup> Alan Latman & Robert A. Gorman & Jane C. Ginsburg, *Copyright for the Nineties*, 582-583(3rd ed. 1989).

### 三、美國學者之見解

在學者見解上，最常為美國法院判決所引用的著作權法權威著作《*Nimmer on Copyright*》書中同樣明白指出：美國著作權法第 107 條所定之全部四款合理使用判斷基準，都必須加以審酌<sup>39</sup>。在其他美國著作權法著作中也多持相同之見解，認為法院應審酌全部四款合理使用判斷基準，有些著作並引用以上 *Pacific & Southern Co. v. Duncan* 案之上訴法院見解為證<sup>40</sup>。

也有美國學者雖引用以上 *Pacific & Southern Co. v. Duncan* 案中上訴法院之見解，亦即法院依法負有義務必須審酌第 107 條所列全部四款法定判斷基準，但其卻認為第 107 條主要立法目的是在於權衡某一特定著作利用行為，所生之利益與損害，因此法院是否將四款判斷基準皆加以審酌，還是只強調其中的兩款或三款，其實並不重要，然而，還是承認自從 1976 年美國著作權法修正通過後，法院通常都會有系統地適用全部四款法定判斷基準，有些法院還會適用其他的判斷基準<sup>41</sup>。

不過國內有學者卻持不同意見，認為美國法院對於美國著作權

<sup>39</sup> “All four of these factors must be considered, notwithstanding the temptation to label some aspect of each as presumptively dispositive.” Melville B. Nimmer and David Nimmer, *Nimmer on Copyright*, Vol. 4, 13-161 (2005.8).

<sup>40</sup> “all fair use claims be evaluated under at least all four statutory factors enumerated in subsections 1-4 of section 107.” William F. Patry, *The Fair Use Privilege in Copyright Law*, 362(1985). “the four factors delineated in the second sentence of § 107 should be considered in all cases in which fair use is asserted as a defense.” Alan Latman & Robert A. Gorman & Jane C. Ginsburg, *Copyright for the Nineties*, 583(3rd ed. 1989). “Weather a use is fair depends upon : 1. The “purpose” of the use 2. At least four “factors”” Harry G. Henn, *Henn on Copyright Law: A Practitioner’s Guide*, 228(1991.5).

<sup>41</sup> Paul Goldstein, *Copyright: Principles, Law and Practice*, Volume II, §10.2, 203 (1989).



法第 107 條所列四款合理使用法定判斷基準，並不須要全部加以審酌。例如在著作權法主管機關經濟部智慧財產局之委託研究報告中，對於美國法院是否應逐項審酌法定四項判斷基準之問題，研究報告稱：「美國對此所持之見解，一致認為法院並無義務一定都得逐項進行所列舉之四款事實之審查」，「因之，法院既得逐項進行全部法定事項之審查，亦得不逐項進行審查」<sup>42</sup>。

然而智慧財產局此一研究報告之見解，如果指的是美國在 1976 年合理使用原則成文法化以前的情形，則屬正確；但如果是指合理使用原則成文法化以後之情形，則顯與前述美國著作權法第 107 條之文義、美國法院實際適用情形以及美國學者之見解，大相逕庭。因為在 1976 年美國著作權法第 107 條制定之前，由於合理使用原則是英國與美國法官在二百多年來，從普通法（common law）及衡平法（equity）中以判例所累積發展而得之結晶，屬於法官造法。因此在當時美國法官可依其自由心證，自由適用其所認為各式各樣與判斷合理使用有關之一切情狀，而現在已明定於第 107 條之四款法定判斷基準，只不過是成文法化之前法官最常用以審酌是否合於合理使用之部分情狀而已，惟法官於判決中並不需要將現今這四款法定判斷基準全部都加以調查論述，事實上在當時只有少數法院判決會有系統地審酌到所有現今這四款法定判斷基準<sup>43</sup>。

但當美國國會於 1976 年首次將合理使用原則成文法化後，美

<sup>42</sup> 黃怡騰，《著作權法第六十五條第二項四款衡量標準之研究》，行政院經濟部智慧財產局委託研究，民國 90 年 12 月 15 日，頁 4-15；黃怡騰，《著作之合理使用案例介紹》，頁 56-57，台北：行政院經濟部智慧財產局，民國 90 年 8 月（一版）。同說，盧文祥，《智慧財產權不確定法律概念的剖析研究~以專利進步性、商標混淆誤認及著作權合理使用為主之探討~》，頁 153，台北，瑞興圖書公司，民國 95 年 2 月（初版）。

<sup>43</sup> Paul Goldstein, *Copyright: Principles, Law and Practice*, Volume II, §10.2, 203 (1989).

## 論述

國法院在合理使用案件中，就必須依據制定法（statute law）之明文規定，對於美國著作權法第 107 條所列四款法定合理使用判斷基準一一加以審酌論列，此不論從美國著作權法第 107 條之文義、美國法院判決以及學者見解，都一致如此認定。因此，在第 107 條將合理使用原則成文化後，至少就這一點而言，已經實質改變了原本存在於普通法及衡平法上之合理使用原則<sup>44</sup>。

### 伍、我國著作權法第 65 條第 2 項所定之四款合理使用法定判斷基準並非訓示規定

就我國著作權法第 65 條第 2 項所定之四款合理使用法定判斷基準，是否屬於訓示規定此一問題，在我國之實際適用上與前述美國幾乎一致認定美國法院在合理使用案件中，必須就美國著作權法第 107 條所列四款法定合理使用判斷基準全部加以審酌之情形，竟然迥不相同，無論從第 65 條第 2 項之條文用語、或是法院之實際案例以及學者之見解，都不一致。

#### 一、從著作權法第 65 條之文義出發

著作權法第 65 條第 2 項本文為：「著作之利用是否合於第四十四條至第六十三條規定或其他合理使用之情形，『應』審酌一切情狀，尤『應』注意下列事項，以為判斷之基準」，由於本條條文中使用了兩個「應」字，因此從文義解釋來看，與前述美國著作權法第 107 條之用語相同，法院應負有義務要逐

<sup>44</sup> William F. Patry, *The Fair Use Privilege in Copyright Law*, 362(1985)。原本美國 1976 年著作權法眾議院立法報告稱：「第 107 條用意在重述現行合理使用的司法原則，在任何方面皆未將之改變、限縮、或擴張」，請見 H.R. Rep. NO.94-1476 at 66。



一審酌所有四款法定合理使用判斷基準。

然而，若將本法第 65 條第 2 項本文之規定，與刑法第 57 條本文：「科刑時『應』以行為人之責任為基礎，並審酌一切情狀，尤『應』注意下列事項，為科刑輕重之標準」之規定相互比較，就可以發現兩者之條文結構及其用語竟極其類似。此外，刑法第 57 條規定有多達十款之法定刑罰裁量事由，其中第 1 款「犯罪之動機、目的」、第 9 款「犯罪所生之危險或損害」，也與著作權法第 65 條第 2 項第 1 款判斷基準「利用之目的及性質」、第 4 款判斷基準「利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響」，竟有幾分雷同。

而在實際適用上，雖然刑法第 57 條條文中也使用了兩個「應」字，而且刑事訴訟法第 310 條第 3 款也明定，法院於科刑時就刑法第 57 條規定事項所審酌之情形，應於有罪之判決書之理由內記載。但事實上刑法第 57 條所定之十款法定刑罰裁量事由，僅屬訓示規定而已，只是提請法官在量刑時之注意事項。因此法官在量刑時並無義務一定要就刑法第 57 條所定之十款法定刑罰裁量事由逐一加以審究論列，事實上也很少有刑事有罪判決會就刑法第 57 條所定之十款法定刑罰裁量事由全部一一加以審究論列之後，才量定被告之刑罰。此觀最高法院之刑事判決理由即認為，法官於判決理由中只要有對刑法第 57 條所定之十款法定刑罰裁量事由加以審酌論述，即使並未全部一一加以列敘，或是僅僅只審酌其中二款，也僅係判決理由之簡略而已，要難指為違法，不得作為適法之第三審上訴理由<sup>45</sup>。

<sup>45</sup> 最高法院九十六年度台上字第六一三七號刑事判決理由即謂：「原判決對其如

## 論述

既然刑法第 57 條所定之十款法定刑罰裁量事由，僅屬訓示規定，法院並不負有義務要逐一審酌所有十款法定刑罰裁量事由，則與刑法第 57 條之條文結構及用語極為類似之本法第 65 條第 2 項所定之四款合理使用判斷基準，究竟是否也屬於訓示規定，就有必要進一步探究。

若從立法理由來看，與前述美國著作權法第 107 條之國會立法說明不同，81 年修正公布之舊著作權法第 65 條之立法理由<sup>46</sup>，僅對合理使用四款法定判斷基準之內涵作簡單之闡述，並沒有提及法院於審酌這四款判斷基準時，是否不能有所遺漏。87 年修正公布之著作權法第 65 條之立法理由<sup>47</sup>，以及 92 年修正公布之著作權法第 65 條之立法理由<sup>48</sup>，同樣都對此一問

何審酌刑法第五十七條所規定科刑時應審酌之事項，已於理由二內說明：『爰審酌被告非法施用足以導致精神障礙及生命危險之毒品，危害身心甚鉅，惟被告犯罪後坦承，態度良好，且本件併辦部分係在原審認定施用期間之內等一切情狀，仍量處被告有期徒刑七月，以資懲儆』等語（見原判決第三頁第十七至二十行）。上訴意旨謂原判決對於刑法第五十七條所規定科刑時所應審酌之事項均未加以審究及說明，尚屬誤會。至原判決對於上開法條所舉各款科刑時應審酌之事項雖未一一加以列敘，而僅以上揭說明並以『……等一切情狀』云云涵蓋之，其理由固稍嫌簡略，但此僅係理由之簡略而已，不能據此指摘原審對於上揭法條所規定科刑時應審酌之事項全未加以審酌，且此項理由之省略，並不影響於原判決事實之認定暨科刑之結果，亦不得作為適法之第三審上訴理由。』，最高法院九十六年度台上字第四五四五號刑事判決理由亦謂：「按犯罪之原因及犯罪之結果，依刑法第五十七條第二款、第八款為科刑時所應注意審酌，以為科刑輕重之標準，本件原判決既審酌犯罪之原因及犯罪之結果為量刑輕重之標準，於理由中詳加說明與論述，即非對於刑法第五十七條所載之情形未加審酌，要難指為違法。」。

<sup>46</sup> 〈著作權法修正草案條文對照表〉、〈著作權法審查會行政院修正條文對照表〉，分別收錄於立法院秘書處編，《著作權法修正案》（上），頁 68-9，（下），頁 393，台北，立法院秘書處，民國 82 年 2 月。

<sup>47</sup> 〈民國 87 年 1 月 21 日修正公布著作權法條文對照及說明〉，收於經濟部智慧財產局編，《歷年著作權法規彙編專輯》，頁 303-304，台北，經濟部智慧財產局，民國 94 年 9 月。

<sup>48</sup> 〈民國 92 年 7 月 9 日修正公布著作權法條文對照及說明〉，收於經濟部智慧



題沒有提供任何指引，因此，只能從實務上適用情形再進一步觀察。

## 二、我國法院與主管機關之見解

就本法第 65 條第 2 項所定四款合理使用法定判斷基準是否僅屬於訓示規定此一問題，我國法院之判決見解不知是否受到前述刑法第 57 條規定之影響，似乎多數傾向於其性質屬於訓示規定，僅是提請法官在審酌著作之利用是否合於合理使用時之注意事項而已，很少有判決會就這四款法定判斷基準全部一一加以審究論列後，才決定是否構成合理使用。

以本文前言所舉之最高法院法官合理使用案件為例，依一審判決理由：「審酌『司法革新與革心』一書之社會意義與利用原告上開著作之量、質及對原著作價值之影響，其引用原告著作並加以收錄之行為，應屬著作權法第五十二條所規定之範疇，為著作權法所容許之合理使用，自無侵害原告著作財產權（重製權）可言<sup>49</sup>。」，法院便只審酌第 2、3、4 款之判斷基準<sup>50</sup>，就據以認定被告之行為合於著作之合理使用。而二審法官推翻一審合理使用之認定，是直接否定被告行為合於著作權法第 52、61 條規定之構成要件，因此成立侵權，根本並未進一步論列任何法定或非法定之合理使用判斷基準<sup>51</sup>。

財產局編，《歷年著作權法規彙編專輯》，頁 414-415，台北，經濟部智慧財產局，民國 94 年 9 月。

<sup>49</sup> 台灣台北地方法院八十八年度訴字第四五九五號民事判決理由。

<sup>50</sup> 本文是將該一審判決理由中：「審酌『司法革新與革心』一書之社會意義」，當作法院是在審酌本法第 65 條第 2 項第 2 款「著作之性質」之合理使用判斷基準，如認為著作之社會意義與著作之性質兩者仍有所不同，前者應屬非法定之判斷基準，則該判決就僅審酌第 3、4 款之判斷基準。

<sup>51</sup> 台灣高等法院八十九年度上字第七一六號民事判決理由。

## 論述

再如前言所舉身兼高等法院院長之法官的合理使用案例，一審判決理由謂：「被告所引用之著作數量甚微，第四十五期僅含封面一頁、目錄一頁、內文二頁（就有關施啟揚報導部分）、內文一頁（就有關被告乙○○報導部分）及第四十八期（金門高分院來函說明）一頁，所為顯與著作財產權人之經濟利益不相衝突，對該著作市場之潛在銷路並無影響，是核無著作權法第四十四條但書所定之情形，是被告之所為，自屬合理使用，依同法第六十五條第一項規定，應認不構成著作財產權侵害。」<sup>52</sup>，法院便只審酌第3、4款之判斷基準，就據以認定被告之行為成立著作之合理使用。而二審法院推翻一審合理使用之認定，也是直接否定被告行為合於著作權法第44條規定之構成要件，因此犯有92年7月9日修正公布之著作權法91條第2項之罪，因之也並未進一步論列任何法定或非法定之合理使用判斷基準<sup>53</sup>。

以上只引用兩則案例，當然有以偏概全之虞，但如依學者蔡惠如之研究結果，在其所抽樣調查的41件地方法院及18件高等法院及其分院有關合理使用的民事判決中，有於理由中審酌著作權法第65條第2項第2款之法定判斷基準者是屬於最少數，竟都只有1件判決有審酌「著作之性質」。而在其所抽樣調查的106件地方法院、81件高等法院及其分院及10件最高法院有關合理使用的刑事判決中，有於理由中審酌本法第65條第2項第2款之法定判斷基準者一樣也是屬於最少數，不管是已具體指明或只是隱含第2款之法定判斷基準都計算在內的話，地方法院只有21件、高等法院只有10件、最高法院也只

<sup>52</sup> 台灣台北地方法院八十九年度自更（一）字第一號刑事判決理由。

<sup>53</sup> 台灣高等法院九十二年度上訴字第二九四號刑事判決理由。



有 1 件判決有審酌第 2 款之法定判斷基準<sup>54</sup>。

本文由以上學者蔡惠如研究所得之數據進一步分析，即使假設前述那一件有審酌本法第 65 條第 2 項第 2 款法定判斷基準之民事判決，也同時都有審酌到其他 3 款法定判斷基準，則有審酌全部四款法定合理使用判斷基準之民事判決，竟只占地方法院民事判決的 2.4%，占高等法院民事判決的 5.5%。同樣，即使假設前述那些有審酌第 2 款法定判斷基準之刑事判決，也同時都有審酌其他 3 款法定判斷基準，則有審酌全部四款法定判斷基準之刑事判決，最多也只不過占地方法院刑事判決的 19.8%，占高等法院刑事判決的 12.3%，占最高法院刑事判決的 10%。

基於本文前述之假設，再進一步分析，若不分民、刑事判決，也不區分審級的話，則在 256 件有關合理使用之法院民、刑事判決中，最多也只不過會有 33 件判決會審酌全部四款法定合理使用判斷基準，比例僅有 12.8%。由此顯見會審酌全部四款法定合理使用判斷基準之我國法院判決，比例上實在非常少，最多也不會超過 20%。但由於本文是假設那些有審酌第 2 款法定判斷基準之民、刑事判決，也同時都有審酌其他 3 款法定判斷基準，因此，在法院實際適用上，真正有審酌全部四款法定合理使用判斷基準之民、刑事判決，其比例可能會更低。此一情形顯與前述美國法院適用美國著作權法第 107 條之情形，大相逕庭。

<sup>54</sup> 學者蔡惠如是於 96 年 1 月 1 日搜尋司法院立法學資料檢索系統，作為抽樣調查之依據，請見蔡惠如，《著作權之未來展望-論合理使用之價值創新》，頁 230-232、237、248-249，台北，元照出版公司，2007 年 8 月（初版）。

# 論述

至於主管機關智慧財產局對本法第 65 條第 2 項第 1 款至第 4 款所定四款法定判斷基準是否屬於訓示規定此一問題，似乎並未表示過明確之見解<sup>55</sup>。

## 三、學者之見解

就著作權法第 65 條第 2 項所定四款合理使用法定判斷基準是否屬於訓示規定此一問題，我國學者間的見解極為分歧。

學者羅明通、章忠信認為著作權法第 65 條第 2 項所定之合理使用四款判斷基準法院應一一加以審酌<sup>56</sup>。但學者蔡惠如則認為，法院並無義務要逐一審酌判斷<sup>57</sup>。

學者黃怡騰、盧文祥則認為此一問題，目前尚無定見<sup>58</sup>。學者蕭雄淋則並未特別就此一問題加以論述<sup>59</sup>。綜合來看，似乎可以說我國學者就此一問題尚未形成通說見解，這也與前述美國學者之通說一致認定美國著作權法第 107 條所定之全部四款合理使用法定判斷基準，法院都必須加以審酌之看法明顯不同。

<sup>55</sup> 前述註 42 所提及之智慧財產局之委託研究報告之見解，因其性質屬於委託研究，故並不能代表智慧財產局之見解。

<sup>56</sup> 羅明通，《著作權法論》(II)，頁 261，台北，台英國際商務法律事務所，2005 年 9 月（6 版），章忠信，《著作權法逐條釋義》，頁 172，台北，五南圖書公司，2007 年 3 月（初版）。

<sup>57</sup> 蔡惠如，《著作權之未來展望-論合理使用之價值創新》，頁 43、86，台北，元照出版公司，2007 年 8 月（初版）。

<sup>58</sup> 黃怡騰，《著作權法第六十五條第二項四款衡量標準之研究》，行政院經濟部智慧財產局委託研究，民國 90 年 12 月 15 日，頁 4-15。盧文祥，《智慧財產權不確定法律概念的剖析研究~以專利進步性、商標混淆誤認及著作權合理使用為主之探討~》，頁 153，台北，瑞興圖書公司，民國 95 年 2 月（初版）。

<sup>59</sup> 蕭雄淋，《著作權法論》，頁 244-49，台北，五南圖書公司，2007 年 11 月（5 版）；蕭雄淋，《新著作權法逐條釋義（二）》，頁 215-28，台北，五南圖書公司，民國 90 年 9 月（2 版 2 刷）。



#### 四、聚焦在最高法院之判決見解

對於著作權法第 65 條第 2 項所定合理使用四款法定判斷基準是否屬於訓示規定此一問題，如前述最多也僅會有 12.8% 的判決會逐一審酌這四款法定判斷基準。故看起來絕大多數之法院判決見解，應是認定這四款合理使用法定判斷基準是屬於訓示規定。但在此情形下，最高法院卻在一則案例中先後的兩件判決理由一致指明，法院必須審酌本法第 65 條第 2 項第 1 款至第 4 款規定之所有四款判斷基準，並以此為理由兩度撤銷原判決，將該案件發回高等法院更審。

首先是最高法院九十二年度台上字第四九一一號刑事判決理由謂：「著作之合理使用，不構成著作財產權之侵害；著作之利用是否合於該法第四十四條至第六十三條規定或其他合理使用之情形，應審酌一切情狀，尤應注意下列事項，以為判斷之標準：一、利用之目的及性質，包括係為商業目的或非營利教育目的。二、著作之性質。三、所利用之質量及其在整個著作所占之比例。四、利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響。為著作權法第六十五條第一項、第二項所明定。上訴人於原審具狀辯稱：其利用告訴人著作之行為，合乎上開法條所定之合理使用情形，不構成著作財產權之侵害等語……原判決理由欄乙、一之（五）僅說明上訴人之行為，依上開第一、四項之判斷標準，不屬合理使用之範圍，但依上開第二、三項之判斷標準，是否合於合理使用之情形，原審並未予調查、審認、說明，自有調查未盡及判決理由欠備之疏誤。」。

但高等法院在更審後仍然沒有審酌全部四款之法定合理使用判斷基準，因此在上訴人上訴後，最高法院九十三年度台

## 論述

上字第二一七六號刑事判決理由再度明示：「本院前次發回意旨已明確指出……原判決理由欄乙、一之（五）僅說明上訴人之行為，依上開著作權法第六十五條第二項第一、四款之判斷基準，不屬合理使用之範圍，但依上開同條項第二、三款之判斷基準，是否合於合理使用之情形，原審並未調查、審認，致原有瑕疵依然存在，自有調查未盡及判決理由欠備之違誤。」。

換言之，最高法院在這兩則判決理由中已明示著作權法第65條所定合理使用四款法定判斷基準，並非只是訓示規定而已，故法院如果沒有一一加以調查、審認的話，將構成刑事訴訟法第377條判決違背法令，得為上訴第三審法院之理由，並應由最高法院將原判決撤銷，發回更審。

不過可惜的是，最高法院並沒有明確指出其為何認定這四款法定判斷基準並不屬於訓示規定之理由。若是由最高法院九十二年度台上字第四九一一號刑事判決理由是直接引用著作權法第65條第1、2項條文規定後，就得出原審法院應一一調查、審認該條所定四款合理使用法定判斷基準，則似乎可以推知最高法院或許是認為這是第65條第2項條文「『應』審酌一切情狀，尤『應』注意下列事項」在文義解釋上之當然結論，並不用多作說明。

雖然最高法院在以上兩則判決之見解，與前述美國法院適用美國著作權法第107條合理使用之情形相同，非常值得注意與肯定，但此一見解是否為最高法院全院之最終見解，卻仍大有疑問。因為就在最高法院製作前述九十二年度台上字第四九一一號刑事判決的同一天，另一則最高法院九十二年度台上字



第四九三四號刑事判決理由卻是謂：「合法授權取得電腦程式著作物之人，依一般使用電腦之方式，在電腦硬碟上加以重製合理使用，係經著作財產權人之默示授權，此項重製行為尚不得單獨成立一『重製權』，此觀諸著作權法第六十五條規定自明。」，在這一則最高法院判決理由中，便僅直接抽象引用著作權法第 65 條規定就泛稱構成合理使用，但並未提到任何一款法定判斷基準，更不用說是去具體審酌四款法定判斷基準之各項事實。

最高法院九十二年度台上字第四九三四號刑事判決適用本法第 65 條之情形，明顯與九十二年度台上字第四九一一號刑事判決不同。但其後最高法院九十三年度台上字第二一七六號刑事判決理由已經再度肯認九十二年度台上字第四九一一號刑事判決之見解。因之，似可認為目前最高法院對於著作權法第 65 條第 2 項所定四款合理使用法定判斷基準是否屬於訓示規定此一問題，應是採否定說。

## 陸、結論

隨著科技日新月異，著作權法也不斷地面臨新的問題與挑戰，例如在網際網路科技保護措施高度發展下，著作使用人的合理使用空間有可能就此消失無蹤<sup>60</sup>。然而在窮於應付新問題之際，很遺憾舊的問題並不當然就會跟著解決或消失，反而日積月累形成磊磊暗礁，合理使用的認定就是如此。

我國著作權法第 65 條既然是自美國著作權法第 107 條繼承而來，自然也跟著繼承了條文中沒有對合理使用加以定義、四款法定

<sup>60</sup> 汪渡村，〈論網際網路時代著作權因應之道-以合理使用制度為中心-〉，《智慧財產權月刊》，第 62 期，民國 93 年 2 月，頁 102-123。

## 論述

判斷基準充滿了不確定法律概念、四款判斷基準彼此間的關係及其比重不明等等的缺失。凡此種種，本法合理使用原則對於執法者而言，顯然欠缺可操作適用之定義與要件，對於著作權人、著作利用人而言，單單從第 65 條規定本身，也無法從中得出一定之行為準則，而得據以趨吉避凶，免得無謂地進入司法程序，或是無端惹上違反著作權法之訴訟。

美國著作權法第 107 條之所以採用如此具有彈性的立法文字，其實並不令人意外，因為美國畢竟是普通法系國家，其法官非常習慣於法官造法<sup>61</sup>。且美國法院自英國法繼受合理使用原則後，歷經了一百三十餘年的發展，才將合理使用原則成文化。在適用合理使用原則時，美國法院可以藉由豐富的合理使用判例，使法官在斟酌時不致於無所依據。然而，我國是大陸法系國家，法官在著作權法第 65 條制定後，一下子就要適用英、美兩國法官歷經二百多年才發展出來之合理使用原則，在實際操作上自然有諸多疑問與不解<sup>62</sup>。這些疑問只能由我國法院從無到有，以豐富的判決建立起可以作為著作人及著作利用人遵循之著作利用行為之尺度。

不過對於在美國無論從條文文義、法院判決及學者見解都極為

<sup>61</sup> (美國)Julie E. Cohen and Lydia Pallas Loren and Ruth Gana Okediji and Maureen A. O'Rourke, 《全球信息化經濟中的著作權法( 案例教程影印系列)》(*Copyright in a Global Information Economy*), 493-494, 北京, 中信出版社, 2003 年 8 月。

<sup>62</sup> 「現行立法幾乎是建立在一個迷信之上，那就是以為『我國可以用幾個簡短條文引進這套在普通法發展了幾百年以上的制度』，以致於出現立法密度嚴重不足的現象」，這是學者批評我國刑事訴訟法引進美國證據法上傳聞法則的缺失，請見林鈺雄，《刑事訴訟法》上冊，頁 452，台北，元照出版公司，2006 年 9 月（4 版 3 刷）。美國著作權法雖然與我國相同也只用一個條文規範合理使用原則，但立法者似乎並未注意到合理使用原則也是一套「在普通法發展了幾百年以上的制度」，以致於出現法官在適用合理使用上，幾無前例可循的窘境。



一致的問題上，也就是四款合理使用法定判斷基準究竟是否要一一加以審酌這一點上，我國卻與美國不同，法院判決與學者見解都極為分歧，這當然是法律繼受時的落差。但現在最高法院九十二年台上字四九一一號、九十三年台上字二一七六號刑事判決出爐後，就此一問題已有了肯定的答案。

著作權法第 65 條所定之合理使用四款法定判斷基準，並不是訓示規定，因此法院應於判決中一一加以論列。因為畢竟這四款判斷基準可是英美法系法官二百多年來千錘百鍊的結晶，的確是審酌合理使用時的火力焦點所在，全部逐一加以論列有助於法院在審酌時，不至於各執一端，以致漏未斟酌重要的情狀，而無法釐清問題所在，妥善地認定合理使用。